



**Biblioteca
IBEROAMERICANA
de DERECHO**

SOLIDARIDAD CONTRACTUAL

Noción posmoderna del contrato

JUAN J. BENÍTEZ CAORSI

Doctor en Derecho y Ciencias Sociales
por la Universidad de la República del Uruguay
Juez Letrado

PRÓLOGO DE
CARLOS DE CORES



BIBLIOTECA IBEROAMERICANA DE DERECHO

TÍTULOS PUBLICADOS

- La Corte Penal Internacional —soberanía versus justicia universal—**, *Jean Marcel Fernandes* (2008).
- El nuevo derecho de las garantías reales. Estudio comparado de las recientes tendencias en materia de garantías reales mobiliarias**, *Carlos de Cores y Enrico Gabrielli* (2008).
- El divorcio en el Derecho iberoamericano**, *Ángel Acedo Penco y Leonardo B. Pérez Gallardo (Coords.)* (2009).
- La regulación jurídica de la muerte en Iberoamérica, con particular referencia al Derecho cubano**, *Leonardo B. Pérez Gallardo* (2009).
- Código europeo de Contratos**, *Academia de Pavía* (2009).
- Favor debitoris —análisis crítico—**, *Carlos Rogel Vide* (2010).
- El Derecho de Sucesiones en Iberoamérica. Tensiones y retos**, *Leonardo B. Pérez Gallardo (Coord.)* (2010).
- Los tesoros del mar y su régimen jurídico**, *Jesús Ignacio Fernández Domingo* (2010).
- Teoría y práctica del Defensor del Pueblo**, *Carlos R. Constenla* (2010).
- Derecho civil —método y concepto—**, *Carlos Rogel Vide* (2010).
- Contratos gratuitos**, *Leonardo B. Pérez Gallardo (Coord.)* (2010).
- Buena fe en los contratos**, *Gustavo Ordoqui Castilla* (2011).
- Contratos aleatorios**, *Leonardo B. Pérez Gallardo (Coord.)* (2012).
- El derecho en México**, *Gisela María Pérez Fuentes (Coord.)* (2012).
- Solidaridad contractual. Noción posmoderna del contrato**, *Juan J. Benítez Caorsi* (2013).

BIBLIOTECA IBEROAMERICANA DE DERECHO

**SOLIDARIDAD
CONTRACTUAL**
Noción posmoderna del contrato

Juan J. Benítez Caorsi

*Doctor en Derecho y Ciencias Sociales
por la Universidad de la República del Uruguay
Juez Letrado*

Prólogo de
Carlos de Cores



México, D.F., Madrid, 2013

BIBLIOTECA IBEROAMERICANA DE DERECHO

CONSEJO ASESOR

Carlos Cárdenas Quirós

Universidad de Lima

Carlos J. de Cores Helguera

Universidad Católica del Uruguay

Carlos Dario Barrera

Universidad Javeriana de Bogotá

Carmen Domínguez Hidalgo

Universidad Católica de Chile

Aida Kemelmajer de Carlucci

Universidad de Mendoza

Luis Leiva Fernández

Universidad de Buenos Aires

Claudia Lima Marques

Universidad Federal do Rio Grande do Sul

Gisela María Pérez Fuentes

Universidad Juárez Autónoma de Tabasco

Leonardo B. Pérez Gallardo

Universidad de La Habana

Josefina del Carmen Quintero Lyons

Universidad de Cartagena de Indias

Fernando Serrano Migallón

Universidad Nacional Autónoma de México

María del Carmen Valdés Martínez

Universidad Veracruzana de Xalapa

COORDINADOR

Carlos Rogel Vide

Universidad Complutense de Madrid

EDITAN:

México

Editorial UBIJUS

Begonias, 6 A, Colonia Clavería
Del. Azcapotzalco, México, D.F.,
C.P. 02080
Tfno.: (01 55) 53 56 68 91
Tel/Fax: (01 55) 53 56 68 81
www.ubijus.com
ubijus@gmail.com

España

Editorial Reus, S. A.

Fernández de los Ríos, 31 – 28015 Madrid
Tfno.: (34) 91 521 36 19 – (34) 91 522 30 54
Fax: (34) 91 445 11 26
E-mail: reus@editorialreus.es
<http://www.editorialreus.es>

ISBN: 978-84-290-1721-2

Depósito Legal: M 1466-2013

Diseño de portada: María Lapor

Impreso en España

Printed in Spain

Imprime: Talleres Editoriales COMETA, S. A.

Ctra. Castellón, Km. 3,400 – 50013 Zaragoza

Ni las editoriales, ni los miembros del Consejo Asesor, ni el coordinador de la Biblioteca Iberoamericana de Derecho responden del contenido de los textos impresos, cuya originalidad garantizan los autores de los mismos. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización expresa de Editorial Reus, salvo excepción prevista por la ley. Fotocopiar o reproducir ilegalmente la presente obra es un delito castigado con cárcel en el vigente Código penal español.

*A Sofía, mi princesa, por darme la felicidad
y responsabilidad más grande, ser padre.*

ABREVIATURAS

AcP	Archives für die civilistische Praxis
ADC	Anuario de Derecho Civil (España)
ADCU	Anuario de Derecho Civil Uruguayo
Ajuris	Revista de Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul
APD	Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique
BGB	Código Civil Alemán
CI	Contratto e Impresa
CIE	Contratto e Impresa/Europa
CLR	California Law Review
CoLR	Columbia Law Review
D.	Recueil Dalloz
Enc. dir.	Enciclopedia del Diritto
Enc. giur.	Enciclopedia Giuridica Treccani
FI	Il Foro Italiano
HLR	Harvard Law Review
JCP	Jurisclasseur Périodique (semaine juridique)
Jurjb	Juristen-Jahrbuch
JZ	Juristenzeitung
LCD	Les Cahiers de Droit
LJU	La Justicia Uruguayaya
LL	Revista La Ley (Argentina)
NN.D.I	Novissimo Digesto Italiano
PA	Petites Affiches
RCDP	Revista Crítica de Derecho Privado
RCDPI	Rivista Critica del Diritto Privato

RCLJ	Revue Critique de Législation et de, Jurisprudence
RDC	Rivista di Diritto Civile
RDCo	Rivista di Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni
RDPM	Revista de Derecho Privado (México)
RDPP	Revista de Derecho Público y Privado
Rev. AEU	Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay
RFD	Revista de la Facultad de Derecho
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
RIDC	Revue Internationale de Droit Comparé
RJC	Revista Jurídica de Cataluña
RRCS	Revista de Responsabilidad Civil y Seguros
RT	Revista dos Tribunais
RTDciv.	Revue Trimestrielle de Droit Civil
RTDPC	Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile
WLR	Wisconsin Law Review
YLJ	Yale Law Journal

PRÓLOGO

El Doctor Juan Benítez Caorsi ha tenido la deferencia de encomendarme el prólogo para este libro, tercero que aporta a la comunidad jurídica de habla hispana: *Solidaridad contractual*¹. Acometo la tarea con la clara conciencia de su complejidad y de la opinabilidad de sus resultados.

La tesis fundamental de la obra es que la solidaridad, constituye un elemento central y esencial del negocio jurídico. La reflexión que lleva a cabo el autor plantea radicalmente la cuestión de la concepción del contrato, que con razón ha preocupado a los juristas de todos los tiempos, ya que de alguna forma impregna todos los desarrollos propios de la teoría general del contrato y de sus institutos particulares.

Entre la visión liberal e individualista, centrada en la autonomía de la voluntad, que nos legó la Revolución Francesa y se plasmó en el Código de Napoleón; y la que concibe el contrato como un instrumento social, cuya virtualidad jurídica deriva más bien del reconocimiento por el ordenamiento, Benítez Caorsi opta claramente por ésta última. En particular, el autor aboga en pos de la idea del contrato como una síntesis de intereses individuales, una amalgama que constituye una entidad diferente de la conformada por las partes y es superior a ella. Esa regla de derecho se antepone a los intereses individuales de los contratantes y debe ser servida y respetada por encima de sus conveniencias particulares.

En verdad, esta idea de que el contrato constituye una realidad superior, una regla de derecho que obliga como la misma ley, no es por cierto

¹ Ya vieron la luz con anterioridad *La interpretación en los contratos con cláusulas predispuestas*, editado por Temis, Bogotá, 2002 y *La revisión del contrato*, por AMF, Montevideo, 2008, y 2ª edición, Temis, Bogotá, 2010.

extraña. Lo que el libro de Benítez Caorsi desarrolla como aporte novedoso es una especial visión de esa regla de derecho que los contratantes engendran, visión que constituye un significativo aporte a la discusión sobre la concepción del contrato vigente en esta época postmoderna. En los comienzos del nuevo milenio, un mercado globalizado sirve de marco para el alumbramiento de una nueva sensibilidad en relación con los temas de la teoría del contrato. La exigencia de lealtad y fidelidad en el gobierno corporativo, las reglas de justicia o *fairness* en el mercado, la proscripción del abuso de posición dominante y de la competencia desleal, la enorme expansión de las directivas de tratamiento justo del consumidor, el requerimiento de equilibrio normativo, las orientaciones prevalentes en la concepción general del contrato en los nuevos códigos civiles como el alemán y el brasileño, sugieren el advenimiento de una nueva concepción del contrato, de la cual Benítez Caorsi nos proporciona en este libro una versión concreta, centrada en el tópico de la solidaridad.

El primer problema que plantea la cuestión de la solidaridad contractual, tema elegido por Benítez Caorsi para su profundizado estudio, es la polisemia del término. En efecto, la palabra solidaridad puede evocar simplemente esa amalgama primaria que mueve a los hombres a abandonar su aislamiento y conglomerarse en grupos humanos; la solidaridad social es, en ese sentido, el principio fundamental de la sociedad civil que ya Duguit explicó magistralmente. Puede también mentar la idea de solidaridad jurídica, que se estudia en el derecho de las obligaciones. Puede también asociarse con la solidaridad como movimiento social, cuyo lema es propio del pensamiento de cuño progresista, que mira más a los colectivos que a los individuos, proponiendo una filosofía en la que todos los componentes del grupo se deben mutuo apoyo. Puede tratarse de aquella solidaridad que, aunque postula la superación de la mera economía capitalista de mercado, no es desinteresada; hablamos de la «solidarité payante»², por la cual cada individuo se asocia con otros integrantes de un colectivo para enfrentar mejor las necesidades de la vida. Fruto de esta visión es el nacimiento del movimiento cooperativo o mutualista, que tanto desarrollo ha tenido en muy diversos campos; el de la salud, el de la seguridad social, el de la actividad aseguradora, el del crédito, el de la producción o el del consumo, así como la proliferación de los seguros de responsabilidad civil y de los fondos de garantía. Es, también, la solidaridad, palabra que evoca un perfil de altruismo, de renunciamiento de

² Expresión utilizada por Jean Bastin en su obra *Le paiement de la dette d'autrui*, LGDJ, Paris, 1999.

los propios intereses en aras del interés del prójimo, y que a su vez puede tener diversas medidas: la de la pequeña limosna, la colmada que tan bien describe la parábola del buen samaritano, la más radical, que involucra el sacrificio de la propia persona.

Se impone, pues, precisar el sentido y con el temor de incurrir en una simplificación, puede decirse que el autor utiliza el término aludiendo a la limitación de la autonomía de la voluntad contractual, en función del principio de buena fe, que impone cooperar y colaborar para lograr el fin del contrato, lo que exige a los contratantes una actuación éticamente orientada, que tome en consideración no exclusivamente los propios intereses, sino también los del cocontratante.

Ahora bien: es indudable que una concepción de cualquier praxis humana que proponga el cuidado de la persona del prójimo (en este caso, el prójimo contractual) presenta un indiscutible valor en sí. El problema concreto, desde el punto de vista jurídico, que afirmaciones generales como ésta traducen, es que la regla de conducta que deriva de esa exigencia de cuidado de los intereses ajenos puede entrar en contradicción con la regla expresamente convenida por las partes en el contrato. Ese imperativo de altruismo puede implicar, en ese caso, la necesidad de que lo pactado deba ser corregido; y la posibilidad de que ello pueda o no hacerse, por parte del juez, es —en concreto, y desde el punto de vista estrictamente jurídico— el tema central en discusión. Es a saber: hasta qué punto el juez, en función de una construcción sobre la buena fe y la solidaridad en la conducta contractual, puede revisar y modificar lo pactado por las partes. La pérdida de centralidad de la libertad (de las partes) en beneficio de la justicia (administrada por el juez) quita protagonismo a las partes y se lo entrega al juez. Tal es, en términos prácticos, la consecuencia de la teoría solidaria del contrato, y allí radica el especial interés, y al mismo tiempo, el flanco del planteo que puede presentar mayores reservas.

Una aceptación de que el juez posee en ese sentido amplias posibilidades es la conclusión que se deriva cómodamente del impresionante acopio de literatura que ha logrado Benítez Caorsi luego de acuciosa investigación. El libro no se limita a explicitar su pensamiento —que por otra parte, es consecuente con sus concepciones, manifestadas ya en sus obras anteriores— sino que despliega su fundamento exponiendo una amplia doctrina muy actualizada que se ha ocupado de esta cuestión propuesta. El autor ha llevado a cabo una investigación solícita, prolija y pormenorizada, que aporta una extensa bibliografía de referencia en todas las culturas jurídicas occidentales y un detallado relevamiento de opiniones relativas al tópico de la solidaridad en el contrato. Ello prueba

de por sí la importancia que el tema tiene en el debate contemporáneo. No se reduce a la idea espontánea de un individuo, sino que expresa y sistematiza una corriente de pensamiento que aparece con vigor en la literatura jurídica.

En lo personal, admito que me siento atraído por la visión de Benítez Caorsi. Él ha escrito un libro que me hubiera gustado escribir a mí, aunque tal vez con conclusiones algo diferentes. En efecto, sin negar el peso de sus argumentos, que colocan a la solidaridad como un valor e incluso como un elemento estructural del contrato, es también necesario reconocer que el mismo, como regulación que es de intereses patrimoniales, contiene siempre un conflicto potencial. En temas económicos, la escasez de los medios disponibles al hombre para satisfacer necesidades que por definición los superan, determina que exista invariablemente un plano de conflicto intersubjetivo. El sacar a la luz ese conflicto y cotejarlo con órdenes normativos que le den un cauce en función de valores superiores, más allá de la ley de la selva de un mercado ciegamente regido por consideraciones materiales, constituye el quid de la civilización.

Sin embargo, la duda central que provoca la enseñanza de Benítez Caorsi es hasta qué punto el derecho contractual (no la moral o la religión) puede imponer a las partes que cedan sus posiciones en pos de los intereses de la otra. Es verdad que en la etapa precontractual hay un antagonismo que no puede permanecer igual en la etapa contractual, donde se han conjugado los intereses de las partes generándose una instancia de coordinación y colaboración. Es esta síntesis la que permite la construcción de la sociedad civil, en la que los hombres obtienen la satisfacción de sus necesidades económicas en condiciones mucho mejores que las que les depararía una relación directa con la naturaleza. En el prólogo de su viejo libro «Arte de los contratos»,³ que el Dr. Benítez Caorsi bien conoce, Bartolomé de Albornoz alude a cómo «*los hombres bestiales, montaraces, que habitaban en las cuevas debajo de la tierra y resquicios de las peñas, sin tener más casas, ni ingenio para hacerlas, del que tienen las bestias que hallan la casa hecha, comenzaron a contratar ..., y poco a poco iban conociendo su barbarie, ..., hasta que vinieron a conocer la perfección que había en acompañarse unos con otros, y la bestialidad en que estaban, y entonces se convinieron todos y poblaron aquella ciudad*». No parece que puedan caber dudas sobre la función civilizadora del contrato.

³ ALBORNOZ, Bartolomé de, *Arte de los contratos*, en casa de Pedro de Huete, Valencia, 1573.

Ahora bien: Benítez Caorsi sostiene que una vez que se perfecciona el contrato el antagonismo desaparece en aras de una síntesis; éste es el punto que debe generar una amplia discusión. Planteado el tema en términos de esta antinomia, el problema se resolverá en función de preconceptos del observador, habiendo posiciones opuestas que trascienden la teoría del contrato para ubicarse más allá de sus lindes, en el campo de la filosofía del derecho. El hombre es el lobo del hombre, o es el hermano del hombre? La obra parte de la base de que la hermandad y de la lealtad son los elementos constantes en la experiencia humana. La prudencia sugiere que no hay una respuesta única y radical.

La ley moral que impone considerar la situación del prójimo aparece a menudo en la obra como enfrentada a la autonomía de la voluntad. En el contexto de la primera crisis de la autonomía de la voluntad, ocurrida en el siglo XIX, ello era sin duda así. Se trataba de la inmoralidad de pedir la ejecución a rajatabla de un contrato cuando ello iba contra la parte débil. En el umbral del siglo XXI la sensibilidad moderna ha ido modelando un concepto de derecho patrimonial que toma en debida consideración la importancia de la persona y rechaza la ejecución inhumana del contrato. Sin embargo, el cumplimiento de la obligación sigue siendo concebido como imperativo moral. La atribución de valor moral al cumplimiento de los compromisos no es exclusivo patrimonio del kantismo, sino que ha sido afirmado desde los inicios mismos de la reflexión sobre el derecho: *Pacta sunt Servanda; Nihil tam congrui humana fide quam pactum servare.*

En consecuencia, la revisión de las normas contractuales explícitas en función de plausibles criterios de promoción de la solidaridad, de la justicia y equilibrio contractual, puede entrar en colisión con el respeto de la libertad en mérito a la cual las partes han convenido una determinada composición de sus intereses recíprocos. Junto con la tendencia a la morigeración del contrato, surge la consideración de que la libertad, carácter necesario del consentimiento contractual, y por ende del contrato mismo considerado *in fieri*, evoca necesariamente la responsabilidad.

En nuestra opinión, los nuevos deberes deontológicos que gobiernan el comportamiento de las partes no excluyen, sino que por el contrario implican la garantía del santuario de la libertad contractual⁴. Es que la idea de realización del interés de la contraparte no es contradictoria con la noción tradicional de contrato. El deudor tiene que satisfacer el interés del

⁴ AYNES, Laurent, *Vers une déontologie du contrat ?* en Bulletin d'information de la Cour de Cassation 2006, N° 646, pág. 7.

acreedor de la manera más perfecta en relación con el objeto del contrato, es decir, con los límites de la obligación. La intervención correctiva en el mercado es positiva a condición de que se tenga presente el riesgo de paternalismo, que perjudica la libertad y la responsabilidad y por ende también, a la persona humana, creada para ser esencialmente libre. La expresión inglesa «moral hazard», traducida impropiamente como «riesgo moral», alude precisamente a ese efecto negativo de la intervención estatal en la economía, que no apunta a la promoción del hombre, y a la realización plena de su libertad en la asunción de la responsabilidad por sus conductas y decisiones. La oración: «Dejaríamos de ser responsables de nuestras acciones, si la ley nos permitiera enmendar todos nuestros errores o nuestras imprudencias», contenida en el Informe de la Comisión de Codificación uruguaya de 1867, no deja de resonar en nuestros oídos a la hora de reflexionar sobre asuntos como el que nos ocupa. En esa perspectiva, el riesgo fundamental de la teoría solidaria es la paternalización del derecho privado y la pérdida del sentido de responsabilidad que va también va de la mano con el concepto mismo de persona. La dignificación de la persona va de la mano del cumplimiento. Toda exaltación de la solidaridad, para acercarse a la perfección, debe ir acompañada del cuidado de la libertad y de la responsabilidad.

Sin perjuicio de ello, no hay duda de que el nuevo derecho de los contratos es mucho más complejo y contiene exigencias mucho mayores que las de la clásica visión liberal. Se requiere la contextualización del contrato, la observación de la condición real de las partes. El intérprete tiene que tener en cuenta este dato, que antes no era tomado en consideración, bastando la consideración formal del consentimiento exento de vicios. Hoy no se analiza del mismo modo el contrato entre profesionales que entre profesionales y consumidores. No son objeto de las mismas consideraciones los contratos instantáneos que aquellos en los que el cumplimiento tiene lugar a lo largo de un extenso período. Aparece el concepto de contrato relacional, donde particularmente se pone de manifiesto la iniquidad del comportamiento oportunista, puesto que en el largo plazo es común que aparezcan circunstancias imprevistas (no necesariamente imprevisibles) que ponen en el tapete la cuestión de la solidaridad.

La esencia del comportamiento oportunista se encuentra en la pretensión de participar en las ganancias, y no en las pérdidas. Y para detectarlo es necesario separar claramente dos tipos de contrato: los que generan derechos de crédito, esto es, los contratos de cambio, y los que originan derechos de participación, esto es, los contratos de asociación o sociedad. La clara distinción entre ellos constituye una cuestión esencial en el dere-

cho patrimonial. El derecho de crédito confiere a su titular el derecho a exigir una prestación determinada. El derecho de participación otorga el derecho a participar de la suerte. El típico comportamiento oportunista confunde lo uno con lo otro. Cuando las cosas van bien, pretende una participación. Cuando van mal, pretende que se le reconozca titular de una prestación determinada, independientemente de la suerte patrimonial. Entender que todo contrato es una sociedad llevaría a una relativización del derecho de crédito, convirtiéndolo en un mero derecho de participación. Sin embargo, el comportamiento oportunista puede manifestarse también a la inversa: los contratos relacionales, que implican una vinculación al largo plazo, pueden —por imperio de la fuerza negocial— contener cláusulas de desvinculación. De ese modo, el contratante que ha invertido para mantener las prestaciones en el largo plazo, puede, mediante un receso unilateral de la otra parte, quedar privado de la utilidad del contrato. De ahí las soluciones doctrinarias y jurisprudenciales que identifican como comportamiento oportunista el del fabricante que ejercita su facultad de receso con un distribuidor, que ha debido hacer importantes inversiones⁵.

Como corolario de lo antedicho, es necesario proseguir la reflexión sobre el papel de la buena fe en la teoría solidaria del contrato. El recurso a la buena fe en ese contexto se vincula fundamentalmente con la consideración del deudor débil y la morigeración de la obligación; parece que la buena fe sólo obliga a menos. Sin embargo, la buena fe en el contrato puede obligar, según los casos, a lo que dice el contrato, a más, o a menos. Obliga sin duda a lo que dice el contrato. No cumplir con la palabra empeñada es la primera ofensa a la buena fe. Puede obligar a menos, cuando la consideración razonable de los intereses ajenos lleva a morigerar o reducir en algo la prestación. Es lo que ocurre, por ejemplo, con la reducción del plazo de gracia o la reducción de la cláusula penal. Pero también puede obligar a más, lo que significa hacer más gravosa la situación del deudor. Y eso es lo que dice el art. 1291 del código civil uruguayo o el art. 1258 del código civil español cuando establecen que los contratos no sólo

⁵ En su reciente estudio sobre la Buena Fe, Gamarra menciona un interesante caso jurisprudencial. Una compañía naviera presta el servicio de Ferry Boat entre Colonia y Buenos Aires, caracterizado por una alta estacionalidad: los meses de verano (enero y febrero) concentran un tráfico especialmente intenso. La naviera concede a otra empresa la explotación del servicio de bar y restaurante. Luego de varios años, ejerce el receso unilateral poco tiempo antes de la zafra de verano. El Tribunal actuante considera abusiva la forma de ejercicio del receso y obliga a pagar a la concesionaria una indemnización no prevista en el contrato. GAMARRA, Jorge, *Buena Fe*, FCU, Montevideo, 2010.

obligan al cumplimiento de lo expresamente pactado. Pero a su vez hay una parte débil y una parte fuerte. El problema es cuando al gravamen lo sufre la parte más débil. Las máximas generales son peligrosas, hay que restringirlas. La restricción de las conclusiones siempre ha sido parte de la tarea de construcción de las teorías jurídicas.

Por otra parte, el autor presenta una visión de la tipicidad que merece ser discutida. Sostiene que los efectos típicos del negocio jurídico están sustraídos a la competencia de la libertad contractual de las partes, estando el contenido mínimo y esencial predeterminado *ex lege*. Sin perjuicio del respeto que merecen los núcleos normativos de los tipos contractuales, el moderno derecho de los contratos exige un amplio marco para que la autonomía de la voluntad fragüe esquemas contractuales atípicos que tengan idoneidad para regular en forma satisfactoria situaciones que no entran cómodamente en las estructuras de los contratos típicos o nominados. Las tesis de Benítez Caorsi en este campo constituyen una provocación para discutir la función y los límites del contrato innominado. Es verdad que, así como la propiedad tiene no sólo una función satisfactiva del interés individual, sino una función social, así también el contrato cumple una función social, recogida en los tipos de los contratos nominados. Sin embargo el contrato como tal es una herramienta del interés individual (*privata utilitas*), no del interés social. La función social y el equilibrio del tipo como esencia del contrato no explican por qué es la voluntad privada la que le da origen. Benítez Caorsi, citando a Beraldo⁶, reconoce que el excesivo hincapié en la función social del contrato podría generar una pérdida de su identidad o vaciamiento.

Sin duda el trabajo de Benítez Caorsi, además de merecer respeto por el ingente trabajo de documentación de la posición que sustenta, es loable por la finalidad de moralización de la contratación que subyace en él. La tendencia a la moralización del contrato es evidente, por ejemplo, en los planteos del neoconstitucionalismo, que propugnan por la aplicación directa a las relaciones patrimoniales entre los particulares, de los principios constitucionales, entre los cuales se enumeran los de lealtad y buena fe en el cumplimiento de los contratos. Sin embargo, la solidaridad no se puede imponer en vía de ejecución forzada. Desde la lectura de aquella vieja tragedia de Antígona, de Sófocles, sabemos de la existencia de una tensión entre el derecho positivo y la justicia. Benítez Caorsi, conciente de esta realidad, no plantea una identificación del derecho con la moral o

⁶ BERALDO, Leonardo de Faria, *Função social do contrato*, Del Rey, Belo Horizonte, 2011, págs. 106, 109 y 253.

la justicia, sino una concordancia que no es absoluta, y acuña la idea de que la teoría solidaria del contrato no propugna un altruismo radical, sino a una consideración de respeto mínimo.

Para finalizar, entiendo de gran interés la incursión de la teoría solidaria en el aspecto externo de las relaciones del contrato con los terceros. El otrora absoluto principio de relatividad del contrato, ha dejado lugar a la consideración de que la regla contractual constituye una realidad ética que debe ser respetada en su existencia incluso por los terceros que de ella tienen conocimiento. La llamada lesión aquiliana del derecho de crédito por un tercero no ha de quedar impune. Y en este campo, contra la llamada teoría de incumplimiento eficiente, la teoría solidaria no puede sino ser recibida con beneplácito, al menos en el ámbito de nuestra cultura jurídica civilista.

Creo que la obra de Juan Benítez Caorsi sobre la Teoría Solidaria del Contrato está llamada a enriquecer el debate contemporáneo sobre el contrato y sobre el derecho privado, recordándonos aquel pensamiento de Ulpiano, con el cual se inicia el Digesto⁷, signo éste inequívoco de su importancia: el fin del derecho es hacer buenos a los hombres, no tanto por el miedo a las penas, sino más bien por la exhortación de los premios.

Carlos DE CORES

⁷ Digesto 1,1,1, pr. 1.

PREFACIO

A pesar de estar preparando otro libro, no pude, ni pretendí resistir la tentación de aventurarme a escribir sobre la solidaridad como elemento central del negocio jurídico. Hic et nunc la controversia se encuentra planteada en la mayor parte del derecho comparado.

Parafraseando a Dickens en tiempos difíciles, la intención consiste en que las partes tengan una incapacidad especial para el engaño, una disposición incansable para ayudarse mutuamente. En rigor, se impone una conducta cooperativa contra la nefasta actitud simbolizada e inmortalizada por Luis XV al decir «después de mí, el diluvio».

La doctrina solidaria se erige en principio fundamental del derecho de los contratos. Cooperación leal y honesta de las partes en vista de la realización de los beneficios recíprocos acordados por el contrato, es el lema del ensayo.

Estrictamente del contratante se exige que se conduzca en base a una actitud de cooperación con la contraparte sin frustrar la confianza legítima generada y salvaguardando el interés ajeno cuando sea posible.

Para ello, se revaloriza a la persona, tutelándose las expectativas de justicia del contenido contractual y armonía entre los derechos y obligaciones de los contratantes. En efecto, la obligación de comportarse lealmente, se caracteriza por la necesidad de respetar a la contraparte y los intereses legítimos del otro.

No se trata de la búsqueda de Persifal del Santo Grial, sino de una visión del contrato sobre un perfil de utilidad social, de principio extraña a la noción tradicional de operación económica. Ahora bien, la función del negocio reclama que deba satisfacerse el interés de ambas partes.

En definitiva, el vínculo negocial que une al acreedor y deudor determina que no ocupen más posiciones antagónicas, sino que pasan a ser

colaboradores. La teoría solidaria del contrato no consiente que se hagan prevalecer exclusivamente los intereses propios en detrimento de la contraparte, dado que procura una conciliación medianamente razonable entre los derechos de ambas partes aspirando a una justicia contractual mínima. Espero sea de útil para los operadores del Derecho.

Montevideo, en el verano de 2012

SECCIÓN I
PARTE GENERAL

CAPÍTULO I

EL NUEVO ESPIRITU DEL CONTRATO

1. INTRODUCCIÓN

Anticipándose al futuro y enjuiciando críticamente al corpus juris vigente de su época —todo lo que se tradujo en la sanción de un nuevo Código Civil—, el gran maestro alemán OTTO VON GIERKE enseñaba que el derecho privado será más social o no será, dado que la libertad negocial es una terrible arma en las manos del fuerte y una herramienta sin filo en las manos del débil⁸.

El contrato no es solamente una cosa privada, sino también una institución social, por eso el incremento del componente social es un elemento constante en el derecho contractual moderno, en cuyo caso a fin de evitar que se convierta en un medio de opresión, se requiere una justa consideración de los intereses de ambas partes⁹.

El modelo social está presente en la evolución actual del derecho privado (Privatrechtsentwicklung), emergiendo un nuevo humanismo caracterizado por la reducción del poder de la voluntad (Willensmacht) dentro del negocio jurídico, exigiéndose en todo caso el cumplimiento de una función general de justicia (Gerechtigkeitsaufgabe)¹⁰. La función social del derecho de las obligaciones (soziale Aufgabe des Schuldrechts)

⁸ GIERKE, Otto von Die soziale Aufgabe des Privatrechts, Julius Springer, Berlin, 1889, págs. 28 y 45. Hay nueva edición de Klostermann, Frankfurt am Main, 1948.

⁹ KRAMER, Ernst A. Die «krise» des liberalen vertragsdenkens, Fink, München-Salzburg, 1974, págs. 15 y 36.

¹⁰ WIEACKER, Franz Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft, C.F.Müller, Heidelberg, 1952, pág. 4.

se trasunta en el hecho que, el ejercicio de la autonomía privada cuando conduce a una desigualdad material (*materielle Ungleichheiten*) entre las partes debido a la disparidad de las posiciones (*Verhandlungsdisparitäten*), no puede ser tolerada, en cuyo mérito se impone irremediabilmente una exigencia de justicia (*Gerechtigkeitsanforderungen*)¹¹.

La premisa básica del actual derecho de los contratos, consiste en que cuando el contrato deviene en un instrumento de dominio (*Instrument der Herrschaft*) contra el co-contratante, el ordenamiento jurídico no puede permanecer como un espectador neutral que se limita a condenar el resultado de la contratación que sea incompatible con las buenas costumbres. En el Estado Social de Derecho, en ciertos casos la libertad pasa a un segundo plano respecto al principio de la Justicia (*Gebot der Gerechtigkeit*), el cual consiente no reconocer los contratos que estén en contraste con ella a través de una tendencia a reducir el alcance de la autonomía privada¹².

No cabe duda que el pecado más mortal en materia contractual, es que un contratante no se conduzca con igualdad, buena fe y reciprocidad¹³. Ello responde a que como señala LAURENT, la buena fe es el alma de las relaciones civiles¹⁴. Parece indiscutible entonces que la buena fe representa el principio supremo (*obersten Grundsatz*) del derecho de las relaciones obligatorias¹⁵. No hay ninguna especie de convención que escape a los efectos de la buena fe¹⁶. Ya lo advertía MERLIN, los contratos no pueden sino estar fundados sobre la buena fe¹⁷.

¹¹ ESSER, Josef, SCHMIDT, Eike *Schuldrecht*, Band I, Allgemeiner Teil 1, 5^a Aufgabe, C.F.Müller, Heidelberg, 1976, § 1-II, pág. 4.

¹² RAISER, Ludwig *Vertragsfreiheit heute* pág. 3 en *JZ* No. 1/1958 5 Januar.

¹³ FENET, P.A *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil. Discussions, motifs, rapports et discours* Tome I Videcoq, Paris, 1827, pág. 513.

¹⁴ LAURENT, François *Principes de droit civil* Tome XVI 3e édition, Bruylant, Bruyelles, 1878, § 182, pág. 244; HUC, Théophile *Commentaire théorique & pratique du code civil*. Tome VII, Cotillon, Paris, 1894, § 90, pág. 133. Es un lugar común relatar que la equidad y buena fe son el alma del contrato GARCÍA GOYENA, Florencio *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español* Tomo III, Sociedad Tipográfica, Madrid, 1852, pág. 9.

¹⁵ LARENZ, Karl *Lehrbuch des Shuldrechts Allgemeiner Teil* 14^o Auflage C.H Beck, München, 1987, § 10-I, pág. 129. Con anterioridad se ha dicho que al presidir las relaciones entre los hombres no admite excepción alguna, CAPITANT, Henri *Introduction à l'étude du droit civil*, Pedone, Paris, 1898, pág. 330.

¹⁶ DOMAT, Jean *Les loix civiles dans leurs ordre naturel* Tome 1, 2e édition, Auboüin-Emery-Clouzier, Paris, 1697, Capítulo V Regla V y Libro I Título I Sección III-12.

¹⁷ MERLIN, Philippe-Antoine *voz Contrat en Répertoire universel et raisonné de jurisprudence* Tomo III, 4e édition, Garnery, Paris, 1812, pág. 80; CARRIER, J.-B. *Traité*

ÍNDICE GENERAL

Abreviaturas	9
Prólogo	11
Prefacio	21

SECCIÓN I PARTE GENERAL

CAPÍTULO I. EL NUEVO ESPÍRITU DEL CONTRATO	25
1. Introducción	25
2. Puntualizaciones previas... ..	33
3. Influencia del contrato en la sociedad moderna	34
4. Crisis del la autonomía de la voluntad	38
5. Del contrato del garrote al contrato equilibrado	44
6. La insoportable levedad del conflicto de intereses como único elemento central del contrato	54
CAPÍTULO II. EVOLUCIÓN DE LA SOLIDARIDAD CONTRACTUAL	67
7. Origen de la función social del contrato	67
8. La doctrina social de la Iglesia.....	68
9. La escuela de la solidaridad social	71
10. La negación del derecho subjetivo como garantía de la solidaridad social.....	76
11. La solidaridad contractual como derecho cooperativo	77
12. El marxismo solidario... ..	79
13. La función social de la propiedad privada.....	80
14. La justicia protectoria como expresión del solidarismo contractual..	84

CAPÍTULO III. LA SOLIDARIDAD COMO ELEMENTO CONSTITUTIVO DEL CONTRATO.....	99
15. La autonomía privada solidaria.....	99
16. El contrato como instrumento de cooperación moral.....	109
17. La solidaridad como presupuesto de existencia del contrato	132
18. Hermenéutica y solidaridad.....	139
CAPÍTULO IV. FUNDAMENTO JURÍDICO DE LA SOLIDARIDAD CONTRACTUAL.....	145
19. La buena fe como expresión normativa del solidarismo	145
20. La causa objetiva como expresión normativa del solidarismo	157
CAPÍTULO V. VALORACIÓN CRÍTICA DEL SOLIDARISMO NEGOCIAL.....	159
21. ¿Seguridad jurídica vs Justicia contractual?	159
22. Discordancia con la noción de contrato.....	171
23. La presunta ingenuidad	176
24. La solidaridad como caridad	178
CAPÍTULO VI. ÁMBITO DE APLICACIÓN.....	183
25. Preliminares	183
26. La solidaridad en el contenido del contrato.....	185
27. La solidaridad en la conducta de las partes	191
28. La ultraactividad de la solidaridad.....	196
29. La solidaridad en la responsabilidad extracontractual	206
CAPÍTULO VII. INTENSIDAD DEL GRADO DE SOLIDARIDAD ..	211
30. Mutabilidad del solidarismo.....	211
31. Dimensión mínima de la solidaridad contractual	215
32. Dimensión máxima de la solidaridad contractual.....	215
(a) Incapacidad de autotutela.....	216
(b) Contratos de larga duración.....	218
(c) Contratos interempresariales.....	219
(d) Contratos intuito personae	222
CAPÍTULO VIII. LÍMITE DEL SOLIDARISMO CONTRACTUAL..	225
33. El principio de proporcionalidad y razonabilidad	225
34. La inexigibilidad como frontera.....	229
CAPÍTULO IX. INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE SOLIDARIDAD.....	233
35. La deslealtad como incumplimiento contractual	233

**SECCIÓN II
PARTE ESPECIAL**

CAPÍTULO X. LA SOLIDARIDAD EN LA FORMACIÓN DEL CONTRATO	239
36. Generalidades.....	239
37. Obligación de contratar.....	241
38. Obligación de información.....	245
39. Sobreendeudamiento.....	254
CAPÍTULO XI. LA SOLIDARIDAD EN LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO	257
40. Generalidades.....	257
41. Obligación de asistencia y facilitación... ..	260
42. Obligación de mitigar el daño.....	266
43. Obligación de renegociación.....	267
44. Deber de tolerancia.....	271
45. Plazo de gracia.....	274
CAPÍTULO XII. LA SOLIDARIDAD EN LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO	277
46. Renovación de las sanciones contractuales.....	277
COLOFÓN	281
BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA	283

